

---

# ¿Por qué un Código?

*Why a Code?*

José Antonio DORAL GARCÍA

Universidad de Navarra  
jadoral@unav.es

RECIBIDO: 02/11/2016 / ACEPTADO: 23/11/2016

---

**Resumen:** Ante la cuestión de la posible redacción de un código europeo, el profesor d'Ors formuló una sola pregunta, ¿por qué un código? La pregunta a su vez respondía a dos inquietudes diversas: la que le suscitaba la ley como única fuente del derecho y la de la existencia de un código que sustituyera (al menos en parte) a los derechos nacionales. En ambos casos surge la cuestión del concepto de derecho pero también la del papel del derecho romano como instrumento indispensable en la comparación jurídica.

**Palabras clave:** código, ciencia jurídica, legalismo, derecho europeo, principios jurídicos europeos.

**Abstract:** Faced with the question of the possible drafting of a European code, Professor d'Ors asked a single question, why a code? The question in turn responded to two different concerns: that raised by the law as the sole source of law and the existence of a code to replace (at least in part) national rights. In both cases the question of the concept of law arises. But also the role of Roman law as an indispensable instrument in legal comparison.

**Keywords:** code, legal science, legalism, european law, european legal principles.

## INTRODUCCIÓN

Resulta grato participar en la conmemoración de un inolvidable maestro y compañero. Personalmente me satisface destacar en esta intervención *previsiones* o proverbiales anticipos del profesor d'Ors sobre materias de Derecho privado que a lo largo de los años fueron motivo de reflexión. En esta medida se me excusará que el relato mantenga cierto tono confidencial. Sus aportaciones a la ciencia del Derecho nos presentan todavía hoy un campo expedito para reinterpretar aspectos oscuros o debatidos en el actual panorama supraestatal. En particular en la unidad jurídica de Europa donde confluyen como manantial a su fuente diversos sistemas jurídicos, codificados y no codificados. Entre las apreciaciones preponderan las que iluminan la búsqueda del Derecho con estilo de jurisprudencia europea innovadora. En ella sobresale en D. Álvaro por la universalidad característica de los múltiples saberes de su trabajo científico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SCHLESINGER, R. B., «Le fond commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches», *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1963), p. 504.

Cuantos compartimos buena parte de su vida académica pudimos disfrutar del pensamiento de Álvaro d'Ors, siempre sugerente y expuesto de manera original. La misma llegada de Don Álvaro a Pamplona en calidad de catedrático de Derecho romano colmó con creces la *expectatio adventus eius*. Reciente la publicación de su libro *Derecho privado romano*, que contrastaba con los Tratados y Manuales en una metodología y sistemática diferente a los recomendados a los alumnos de licenciatura durante esos años. Su planteamiento requería del lector un tiempo de reflexión sobre el alcance de planteamientos novedosos en el ámbito del Derecho y el esfuerzo añadido del adecuado manejo del procedimiento en Roma, distinguir las acciones procesales. Buen ejemplo de ello se encuentra en sus primerizas observaciones de que a todo deber jurídico no corresponde un correlativo derecho subjetivo y que es más comprensible la continuidad de lo jurídico si se concibe el Derecho como un orden de servicios judicialmente exigibles por sí, sin necesidad de mediar derechos subjetivos<sup>2</sup>. Este planteamiento del deber que hoy resulta familiar, motivó una sacudida crítica a los civilistas familiarizados con el clásico concepto de derecho subjetivo, categoría dogmática de la ciencia jurídica con enlace en el normativismo que fue premisa en la exégesis del Código civil. Tales contrastes entre juicios y normas, deberes y derechos se advierten indirectamente en estas páginas; y son materia de palpitante actualidad de empleo provechoso del conocimiento de la tradición romanista en el Derecho privado europeo.

En el año 1968, año en que conmemoraba en Granada las bodas de plata de su vida académica, Álvaro expuso las líneas maestras de su trabajo científico. Entre aquellas figuraban ya los principales pilares de una manera de ver el Derecho civil en las materias fijó particularmente su atención<sup>3</sup>. A estos destellos novedosos responde también su intervención en uno de los seminarios de profesores que, años después de su incorporación a la Facultad de Derecho, dirigió en la Universidad de Navarra. El título de ese seminario fue: «Del poder jurídico al deber socialmente exigible». Transcurría el curso 1989-90<sup>4</sup>. Durante ese mismo curso leyó en la Universidad de la Coruña un estudio magistral sobre «La Función de la Propiedad en la Historia del Ordenamiento civil», desarrollando la máxima «dar a cada uno lo suyo», esa definición universal de la Justicia.

<sup>2</sup> D,ORS, Á., *Una Introducción al estudio del Derecho*, Presentación y Notas de Jorge Adame Goddard, México, 1989, p. 28.

<sup>3</sup> «Retrospectiva de los 25 años», publicado en *Atlántida, Revista del pensamiento actual*, vol. VII, n° 42, 1969.

<sup>4</sup> *Cuaderno de trabajo*, Biblioteca jurídica. Facultad de Derecho, Pamplona 1990, pp. 159 y ss.

Como jurista abierto a la panorámica civilista no se encerraba en la cultura histórica sino que abría las puertas, entre otros saberes, al Derecho civil en su problemática moderna. En particular al estudio de las fuentes del ordenamiento jurídico, origen y manantial del Derecho. Sus trabajos en este ámbito encaminaron una ruta a seguir en Derecho interno, sin el monopolio estatal del Derecho, y, en buena medida, en Derecho Internacional privado. Al señalar sus orientaciones con una panorámica tan amplia, ya sin contar con su presencia, importa señalar intuiciones y planteamientos de mejora que promovió a un alto nivel.

Pocos días antes de su fallecimiento (2004) y con motivo de una distendida conversación sobre el entonces debatido Proyecto de código europeo de obligaciones y contratos<sup>5</sup>, me preguntó, y advertí el interés de su pregunta: «¿por qué un código?». Me pidió que le hiciera un breve comentario en resumen de tres folios, medida que le permitiría en el trance de salud en el que se encontraba, leer sin agobio. No me fue posible en el tiempo y extensión responder a su pregunta, con lo que perdí la oportunidad de escuchar directamente su opinión acerca de un problema reciente sobre materia tan cercana a sus vivencias académicas en universidades europeas<sup>6</sup>. Me limito a exponer alguna de las razones que explican tal interés en el trance de salud en el que él se hallaba y que siguen teniendo para mí, además de un recuerdo entrañable, relevancia actual. Relevancia que se manifiesta en torno a la utopía de la codificación europea del Derecho de obligaciones y contratos y, en particular, el principio de subsidiariedad que da por supuesto un derecho común.

«¿Por qué un Código? Pregunta de *auctoritas*». Se vislumbra una pregunta fundamental, no ocasional. En este caso sobre el estado de opinión acerca de la unificación jurídica de Europa. La cuestión arrastraba ya un numeroso repertorio de libros, artículos y conferencias, pero pensé concretar su interés en tres puntos a que dedicó d'Ors su atención: definir el Derecho privado; recuperar tradiciones multiseculares; y promover las bases de una nueva codificación. Como punto de referencia la Convención de Viena de 1980 que ocupó el escenario en que se representa la unidad en la diversidad del Derecho privado en Europa. La recepción por los Estados incorporados a la Unión

---

<sup>5</sup> Refiriéndome a una, entonces, reciente publicación de SACCO, R., *Il sistema del Diritto privato Europeo: Le premesse per un Codice Europeo*. En la actualidad: PATTI, S., «Diritti europeo e codificazione moderna», *Rivista di Diritto Civile*, 2016.

<sup>6</sup> Entonces *Doctor Honoris Causa* por las Universidades de Coimbra, Toulouse y la Sapienza.

suscitó en el espacio europeo el problema de su repercusión en cada sistema interno con cierto revuelo en el plano institucional. El Reino Unido había ratificado el Convenio, pese a la con la tradicional *theory of contract law*, sistema histórico con raíz jurisprudencial. La idea de que la acción procesal es de esencia en el sistema anglosajón y la *consideration* como causa esencial en el contrato oneroso incide en la perspectiva de la aplicación, que así se configura en los *Restatement*. Las razones de la causa y el problema de los remedios son parte importante del futuro derecho europeo con incidencia en el proceso de armonización. En los sistemas codificados implica el impacto sistemático en los problemas y métodos de reconstrucción general de la normativa aplicable, con nuevos modelos de tutela y remedios contractuales, ejecución de las decisiones, restitución, resarcimiento del daño, reparación y cuestiones implicadas en la revisión exegéticas sobre las atribuciones traslativas con implantas de nuevas figuras<sup>7</sup>.

De manera que la pregunta reúne un ciclo de vida académica experimentada en diversas Universidades europeas. Interesa a los civilistas por una parte, el desplazamiento de fuentes entre sistemas con criterio jerárquico y rango diferente<sup>8</sup>; y por otra parte, la nueva conceptualización en el ámbito *de iure condendo* en época de clamorosas tendencias descodificadoras. Ante el llamado «Nuevo Derecho» no pocas premisas teóricas y claves conceptuales en los ordenamientos internos quedan abandonadas o sufren un cambio radical<sup>9</sup>. En este contexto resulta cuestionable si están maduros los tiempos para tal iniciativa reformadora del derecho de obligaciones nada menos que con proyecto de Código civil para la Unión Europea, un Cuerpo legislativo que emprende el vuelo sobre las fronteras y se va alejando en el espacio del principio de subsidiaridad. Nuestro veterano Código civil, que sigue vigente por más que con sucesivas modificaciones, confirma que un Código nunca está completamente acabado. Las reglas y preceptos se modifican con las circunstancias cambiantes y a la postre lo decisivo es su aplicación por los jueces. Lo que los jueces no aplican o deja de ser derecho o cae en desuso. Muchas cosas quedan a merced

<sup>7</sup> CASTRONOVO, C., «Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di códice», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1995, p. 21.

<sup>8</sup> JESTAZ, P., «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2) avr. juin, 1996, p. 300.

<sup>9</sup> ¿En qué medida un *ius novum* admite la estructura del derecho codificado? La división del continente ha tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa (Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero 1992, firmado en Maastricht).

de los usos o a la praxis de los prácticos que revierten luego a la jurisprudencia. Puede advertirse que nos sirve de referencia el famoso análisis del profesor d'Ors sobre la jerarquía de las fuentes de Derecho.

## I. DEBER Y LIBERTAD

En definitiva a esos tres folios solicitados exceden las limitadas páginas concedidas para esta participación. Como se indica en la Introducción me sirvo, con excusa, del lenguaje jurídico y la fundamentación dorsiana de los términos deber y debido, lo justo y razonable, la *ratio debiti*. Desde la perspectiva transnacional se entiende mejor su afirmación de que la idea de *deber*, como estar obligado, es prioritaria respecto al concepto de derecho subjetivo criatura de la técnica jurídica que examina críticamente<sup>10</sup>. Afirmación con enorme trasfondo.

Aunque el Derecho no opera a saltos (expresión recibida de sus conversaciones para explicar el dinamismo jurídico) ilustra la recepción europea en la época de incorporación del *ius commune* ¿Cuál puede ser ese derecho común supletorio en un sistema europeo codificado? Comenta Álvaro que los receptores del Derecho romano en el siglo XII quedaron «deslumbrados por una cultura jurídica superior», lo que acarrió la recuperación de la palabra *ius*, término –nos dice– por origen, pagano. Justicia es dar, deber dar lo debido «que se reclama». Con la recuperación de la palabra *ius* por la cultura jurídica fundada en el sentido cristiano de la vida destaca el significado de la idea de deber. En este inciso advierte que lo que solemos llamar derecho subjetivo no se entiende solo desde la idea de poder, ni tampoco el Derecho positivo abarca solo el legal, por más que sea vigente, ni el convenio se reduce al contrato. El deber en Álvaro d'Ors se inspira en la idea de servicio: conjunto de servicios socialmente exigibles. Para Don Álvaro la clave se encuentra en la persona como sujeto, que explica la idea de titular de una relación y posición determinada ante otra persona. En definitiva, el deber es inherente a las personas, como la economía encaja en la ciencia de la buena administración (en la clasificación dorsiana de las Ciencias se incluye la economía entre las «ciencias de la organización»).

---

<sup>10</sup> La definición de Modestino subraya la exigencia como nota del deber: *Debitor intellegitur is a quo invito exigí pecunia potest* (D. 50.16), su realización consiste en *dare actionem*.

De vuelta a la pregunta ¿por qué un código? No minusvaloraba d'Ors el sistema codificado como instrumento de la técnica jurídica, por más que su concepción del Derecho quedase más próxima al mundo anglosajón, sistema incluso más afín al derecho romano en técnica y en soluciones empíricas que el codificado. Su preferencia por la orientación «judicialista» sobre la «normativista» es destacable. Luchó contra las raíces ideológicas del legalismo estatalista y enalteció la defensa de la libertad en el pluralismo jurídico a escala mundial. Para Álvaro en torno a la función del juez gira todo el Derecho. Hasta tal punto que definió el Derecho como «aquello que aprueban los jueces»<sup>11</sup>. Valga esta orientación para advertir la relativa importancia de los códigos: el estudio del Derecho –nos dice– es un estudio de libros y no de cosas, fenómenos o números. Dentro de los textos que interesan al Derecho están los códigos, que en su origen son un libro de páginas<sup>12</sup>. Un libro de Derecho es un libro práctico. Proclama que lo que se necesita son los textos de hoy en el contexto histórico: «La Historia del derecho que los juristas actuales necesitan es la que parte de los textos de hoy y sigue el curso retrospectivo de sus antecesores».

A título anecdótico es de notar que los códigos vigentes contienen los textos de las fuentes normativas distribuidas en títulos, capítulos, artículos con remisiones romanistas aunque sin el aliento romano; mientras que en el Fuero de Navarra –del que se ocupó de manera muy singular– la materia regulada se distribuye (conforme a su tradición histórica) por leyes, no por artículos. Ello obedece a que en realidad el Fuero no es un código sino un Cuerpo de derecho «no codificado», la redacción «obra de juristas» que sigue con fidelidad el espíritu de la propia tradición jurídica: «una de las condiciones esenciales para la personalidad de los pueblos». Ciertamente que el manejo del Código civil facilita la tarea de informar a los jueces para la aplicación en el litigio o contienda. La regla *iura novit curia*, por ejemplo, exige el deber por parte de los jueces de conocer el derecho aplicable, por más que no les sea exigible «leer» el Código o la Compilación correspondiente para resolver todo caso o causa que tenga que resolver. El Derecho comunitario es de aplicación directa, por lo que el juez nacional está llamado a conocer el mandato en cuestión o preguntar sobre el contenido al Tribunal de Europa, caso de discrepancia o duda sobre la aplicación *ad casum*. Por ser el Derecho comunitario de aplicación directa, sin

<sup>11</sup> D'ORS, Á., *La función de la propiedad en la Historia del Ordenamiento Civil*, Coruña, 1988.

<sup>12</sup> D'ORS, Á., *Una Introducción al Estudio del Derecho*, presentación y notas de Jorge Adame Coddard, México, 1989, p. 14.

mediar reglas de conexión como en el Derecho internacional privado, entra su conocimiento por oficio<sup>13</sup>.

Como se ha dicho anteriormente –y con excusa por la reiteración–, para D. Álvaro el punto común a las diversas aproximaciones al concepto de Derecho se encuentra en la idea de deber jurídico, idea que atiende a la expansiva función del Derecho como «servicio exigible». En este sentido de servicio ha de encontrarse la respuesta a la a la pregunta actual sobre la utilidad de un código de derecho europeo que contenga el derecho de obligaciones y contratos. Razones que, por lo demás, no encuentran respuesta rápida. En primer lugar porque la respuesta se encuentra ante cuestiones que atañen a las fuentes y las fuentes de las obligaciones enlazan con el patrimonio y los fines con relación a la persona. Se repiten entonces problemas tratados en el sistema contractual romano en la época clásica, donde el *contractus* carecía de precisión técnica. La *obligatio* fue creación de la jurisprudencia de fines del s. I a. de C. La doctrina moderna tampoco tiene sobre estos conceptos una configuración segura<sup>14</sup>. En el actual espacio europeo se llega a discutir sobre la existencia de la *conventio*, la vieja idea de que todo contrato tiene como alma un acuerdo de voluntades. La necesidad de que pregunta y respuesta fueran congruentes está en época clásica en el carácter formal de la estipulación como parte de un proceso: te doy algo a cambio de algo.

Otro aspecto a considerar es el permanente ajuste del derecho a la vida social. La ley mira hacia adelante no vuelve al pasado, la ley pública se deroga por otra ley. De manera que de futuro propenden a alterar una clasificación ordenada por tipos o por extratipos mudables. La expansión de lo atípico contrasta hoy con fórmulas contractuales rígidas, ante las flexibles y susceptibles de cualquier contenido obligacional con vida propia. El Nuevo Derecho se encuentra, todavía hoy, en fase de armonización de acciones y pruebas, los dos aspectos fundamentales en versión judicialista. Las acciones, como instrumento de lo exigible, y las pruebas, indican su configuración realista como fases decisivas de todo proceso. El aspecto obligacional de los derechos reales, señala d'Ors, destaca la idea de exigibilidad de una deuda. Idea que relativiza el dominio. El Código de los bienes en la fase moderna se carga de deudas,

---

<sup>13</sup> Diferencia entre Derecho comunitario y Derecho común europeo de contratos. GRUNDMANN, «La struttura del diritto europeo dei contratti», en *Rivista di Diritto Civile*, 2002.

<sup>14</sup> D'ORS, Á., «Apostillas sobre la formación histórica de los tipos contractuales romanos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1950.

relaciones obligacionales de pagar lo debido. Los derechos reales son más estáticos en el patrimonio pero también más disponibles en el ámbito mercantil, nacen para circular. Los bienes en el patrimonio mercantil y el civil se desplazan por títulos diferentes. La responsabilidad patrimonial en la sociedad de un solo socio responde el patrimonio de la entidad como sujeto, pero con la garantía del patrimonio personal del socio.

Finalmente, la doctrina sobre las fuentes de las obligaciones hace gala de clasificaciones históricas inservibles, a pesar de la resonancia que, indebidamente, esta clasificación ha tenido a través de los siglos (art. 1089 CC). El cuasicontrato, intercalado por Gayo en la lista, es ajeno por ejemplo, al Derecho navarro, que pudo contar con el dictamen de d'Ors para la depuración de textos didácticos romanos y su oposición al método dogmático. Su estudio le hizo ver que Gayo «era distinto». La separación entre códigos civiles y mercantiles en Derecho interno, contradice formalmente la unidad de materia civil-mercantil, establecida con sesgo internacional<sup>15</sup>.

En suma, no parecía fácil decidir: ¿Un código de bienes? ¿de impronta civil o mercantil? En el actual desarrollo económico las relaciones más dinámicas son mercantiles. De ahí que el juego entre la seguridad jurídica y la circulación de los bienes en la actual mercantilización del derecho privado dificulta la configuración unitaria de un código civil europeo. Con estos precedentes se advierte el interés de la pregunta. Me «reclama» como deber releer los puntos de vista sobre la concepción de la propiedad, que designa disponibilidad jurídica, y de las obligaciones, tan precisa y brillantemente expuestas en sus obras, en concreto en los «papeles escritos» en torno al patrimonio, con su magnífica distinción entre dichos y textos<sup>16</sup>.

En el referido seminario de profesores, tiempo atrás (curso 1989-90), nos impulsaba a los asistentes: «Hay que encontrar una concepción nueva y congruente del derecho». Recojo en estas páginas algunos aspectos sugerentes dentro de su repetida concepción del derecho romano como «lo que aprueban los jueces» (1970). A este seminarios asistían profesores, algunos notarios,

<sup>15</sup> La distinción durante años de entre *credittum* y *contractus* es obra maestra que defendió D. Álvaro durante años, desde 1956 en *Anuario de Historia del Derecho Español*, p. 6, sobre las convenciones negociales como fuentes de obligación, con la perturbación de la idea gayana de *contractus* y su extensión a nuevos pactos introducidos en época imperial tardía y los juicios de buena fe (*iuditia bonae fidei*), *conventiones iuris gentium*.

<sup>16</sup> Concebido por Aubry y Rau como conjunto de bienes de una persona, titular de una universalidad de derecho y garantía con que cuentan los acreedores.

abogados y jueces. El Presidente de la Audiencia Territorial, Doctor Arregui Gil, profesor y uno de los redactores y comentaristas del Fuero Nuevo fue el encargado de organizar el seminario<sup>17</sup>.

Colofón de la idea de servir es la idea de deber. Profundizó con su teoría de la *auctoritas*, «saber socialmente reconocido», y *potestas*, «poder socialmente reconocido», una de sus aportaciones generalizada en su «filosofía social» en diferentes campos<sup>18</sup>. En su obra *Derecho y sentido común* popularizó el buen sentido, sencillo y claro, para facilitar la aplicación del Derecho. Ante el panorama pasaron tantos recuerdos y lecturas que me pareció imposible resumir en tres folios. Baste pensar que un código lleva consigo el contexto de derecho procesal, acción y prueba, lo que incide de lleno en su concepción de Derecho y la base doctrinal en que apoya el Derecho privado. El desarrollo en contraste con el *English and American law* del Proyecto europeo de *contrac code* y el eclipse de las teorías unitarias del concepto de contrato son materia de indudable interés actual. Como uno de los grandes juristas más brillantes del siglo XX y romanista insigne, sus aportaciones en este campo son importantes. El aspecto histórico, la dogmática general y la política legislativa se concitan en su definición del Derecho como «posición justa» (1955), no ideológica, dentro de la orientación judicialista. Nos servimos de algunas observaciones en esta materia para cotejar su hondura.

### 1. *Del poder jurídico al deber socialmente exigible*

Uno de los puntos desarrollados en el referido seminario de profesores llevaba este título: *Del poder jurídico al deber socialmente exigible*. Exponía el poder jurídico como enlace entre las obligaciones y los derechos reales. La doctrina civilista clásica desarrolla la diferencia entre el dominio y derechos de obligación en el deber de observancia a normas y pactos (*pacta sunt servanda*) que constituye el título en cada tipo de derecho. La expresión técnica deber jurídico, una vez asumido por el titular pasivo, es muy actual en los sistemas codificados. Si está asumido por el obligado, el comportamiento correlativo

---

<sup>17</sup> Corresponde a lo que Julio Muerza, a la sazón decano, nos recordó como etapa de su época jubilar (1985-2004), *el allegro finale, veramente magistrale*.

<sup>18</sup> La contraposición *auctoritas* y *potestas*, de raíz romana pero pertenecientes a la misma naturaleza de las cosas, ocupó manera muy singular su pensamiento durante estos años. En el tiempo jubilar erigió la perspectiva servicial, revisando su pensamiento desde esta misma perspectiva, Julio Muerza, palabras *in memoriam*.

es exigible como cumplimiento o pago, y destaca la función social del crédito. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) concreta el «deber de esfuerzo» para cumplir (*Lehre von der opfergrenze*, §242 BGB); en el *Codice civile* los deberes son efecto de los contratos reales (art. 1376)<sup>19</sup>; en los arts. 1135 y 1138 del *Code civil des Français*, Code Napoleón, los deberes de información. En derechos reales destacan los deberes de conservación de las cosas ajenas de que disfruta el titular de un derecho de uso o disfrute, de conservar la cosa hipotecada, o del que ha de transmitirlo a tercero como fideicomiso. El «deber de esfuerzo» está en relación con la imposibilidad o dificultad extrema de cumplir. En todos estos casos el común denominador es que el deber impuesto por una norma, contrato o sentencia exige su respeto y leal observancia.

Advierte D. Álvaro con carácter general que los directores de la vida jurídica, de cualquier pueblo, no deben olvidar nunca que las normas son formuladas por los prudentes; que la doctrina es la fuente de donde mana sin interrupción el verdadero *ius*; y que el Estado, a través de sus organismos oficiales, no hace más que administrar ese caudal. D. Álvaro sostiene con seguridad que el Estado no crea el Derecho, lo administra<sup>20</sup>. Apunta a la versión inglesa de *law in action* en el operar dinámico de la intervención entre normas e intérpretes. La teoría de las fuentes no es eludible en Derecho privado y la teoría más común del monopolio estatal del Derecho con la centralidad en la ley se encuentra hoy sin acogida en nuevos sectores sustraídos a la *potestas* en el plano legislativo de los Estados nacionales. La contraposición y equilibrio entre autoridad y libertad tiene un eco europeo que alude a la perspectiva de globalidad y transnacionalidad. Recuerdo su consejo de que no es tan importante apuntar la influencia del *Code* en nuestro Código civil y en la doctrina, como la reacción española frente a esa influencia francesa<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cumplimiento de acuerdo con la concreta determinación de conducta. La buena fe: el deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico. Obligación de cumplir, art. 1375 del *Codice*: el contrato debe ser exigido según la buena fe.

<sup>20</sup> D'ORS, Á., «De la *prudencia juris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Información jurídica*, n° 55, diciembre 1947. FUENMAYOR, A. de, «El Código y las Compilaciones», en *Estudios de Derecho civil I*. Universidad de Navarra, 1992. p. 176. Sobre el interés de la comparación jurídica, el uso de los métodos históricos y comparativos que señaló CASTÁN, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, 1957, p. 106.

<sup>21</sup> La exigencia del orden moral en las instituciones jurídicas, como en Francia, es fruto de una cultura codicista. La recuperación de la clásica *prudencia iuris* y la doctrina sobre el fraude, la máxima *fraus omnia corrumpit*, la juridicidad de las cláusulas generales y reglas del juez son temas de actualidad ante el activismo interpretativo de los jueces. Cuando estos no hacen uso de los

## 2. *Concepción del Derecho*

La definición de Derecho como «aquello que aprueban los jueces» que le sirvió de pauta por los años 70 para contrastar con el contexto histórico de la legislación vigente fue cediendo hacia un «conjunto de servicios jurídicamente exigibles» (1985), apelando al origen del término y al moderno significado social de las instituciones jurídicas en contraste con el subjetivismo de la ilustración. Como punto de partida toma su distinción entre autoridad (saber socialmente reconocido) y potestad (poder socialmente reconocido), para explicar las fuentes de Derecho, estudio que fue materia de constante atención. Concibe Álvaro d'Ors como fuentes principales la jurisprudencia y la ley, dos fuentes del Derecho con características propias: la jurisprudencia es fuente de autoridad (*iuris-prudencia*) y la ley, de potestad, acto de soberanía política. Pero el contenido de la ley deriva de la jurisprudencia. Se puede hablar, además, de la costumbre como tercera fuente, aunque esta solo existe jurídicamente desde que la reconoce la doctrina judicial o científica.

Corresponde al campo de la filosofía social la reconducción del derecho como prudencia concreta y no como norma abstracta, que conduce a las «fuentes de autoridad en materia de juicios». En definitiva, el «derecho judicializable», la concepción judicialista del derecho. Su definición del Derecho como «lo que aprueban los jueces» se opone al legalismo estatista, sector de la *potestas* con el respaldo de las grandes codificaciones nacionales, y aboga en defensa de la libertad pluralista. En todo caso, la justicia «necesita de la asistencia de la jurisprudencia y deben mantenerse unidas». No basta saber si luego no se quiere realizar lo que se sabe que se debe hacer.

Respecto a las fuentes de conocimiento, doctrina de los autores o jurisprudencia, sus propuestas de *iure condendo* animan a esforzarse en encontrar una concepción nueva y congruente del derecho. Hay que esforzarse, nos dice, por encontrar una teoría del derecho no como un «sistema de potestades», sino congruente con un «sistema de deberes» socialmente exigibles. Para evitar confusiones advierte que los deberes morales no son socialmente exigibles.

En la Presentación del Anuario de Derecho foral puso de relieve que la revista cuidaría mucho los trabajos doctrinales: «toda vez que el porvenir de

---

principios, se multiplican las decisiones discrecionales. La jurisprudencia normativa, el *ars interpretandi*, la doctrina del abuso del derecho, han adquirido no valor episódico sino estructural en el derecho contemporáneo que experimenta una fase de crisis identificada con el ilícito. Nuestro trabajo no se interrumpe, continúa en un nuevo horizonte.

los derechos forales no está tanto en el respeto político a unos ordenamientos territoriales determinados, cuanto en el empuje de la propia elaboración doctrinal de cada región, que no se limite a la simple conservación, sino que atienda al natural desarrollo de su propio derecho y a su actualización al compás de los tiempos»<sup>22</sup>. El Fuero es «Derecho», uno; y los Estatutos «política», y separan. Sancho Rebullida recogió la idea en defensa del Fuero como Derecho civil propio, distinto al del Código civil. Destacaba en esta línea que la llamada cuestión foral es una cuestión de fuentes. La conferencia de Lisboa (2007) declara el primado de las normas comunitarias y confirma la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el plano legislativo, recuerda la versión dorsiana, que la jurisprudencia se convierte en ley.

### 3. *Derecho y moral*

La moral está en constante presencia en el Derecho por eso en d'Ors el Derecho es un sistema de servicios exigibles y la sociedad traduce en términos de exigibilidad una parte mínima de moral. La idea de servir invoca el deber y el deber es principio cristiano traducido a la realidad. Desde las pequeñas cosas de la vida cotidiana al proceder administrativo no contencioso y el campo de negociación son animados por un sistema de deberes. No así la idea de derecho subjetivo que es moderna y sintetiza la idea de interés protegido. En Derecho romano no se conoce tal categoría jurídica. Como autor del referido estudio sobre la función de la propiedad pone de manifiesto d'Ors que en el Derecho romano la propiedad no aparece espontáneamente. Se encuentra y protege en la *reivindicatio* que es acción procesal propia del señorío que está en la cosa. No aparece la mención de un derecho transferible y diferenciado. Se habla de *dominium*, poder *dominium*, pero reducido a las cosas y distinto según la clase de cosas a que se refiere. En la antigüedad se refería a inmuebles, por analogía, después a muebles; las cosas distintas dan lugar al concepto de «pertenencia», término que hoy unificamos como *dominium*. Con su chispa habitual nos dice que sobre el dinero no cabe hablar de propiedad, porque no cabe *reivindicatio* que exige identificabilidad específica de la cosa. Es sugerente la viveza de su ingenio plasmada en la imagen: «El dinero no es mío, me lo debes». Partiendo de la jurisprudencia romana, añade, que el Derecho civil

---

<sup>22</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXV, leyes 1 a 10. Participó en la ponencia de trabajo. En el telegrama de Oriol, habla del «gran logro» de la Compilación de Navarra.

moderno presenta un concepto distinto de propiedad, que atribuye como defecto de las nuevas codificaciones civiles, que articulan como derechos reales lo que son personales. Con la expansión del concepto de propiedad proviene la posesión y de la posesión al derecho. El desarrollo comercial centra el Derecho civil en las relaciones contractuales y crediticias; la empresa se sobrepone a la propiedad del local que ocupa y la Unión monetaria es parte importante en la vida cotidiana.

Punto relevante en relación a las fuentes de Derecho en su vertiente social es la distinción y sus articulaciones entre contrato, propiedad y empresa. Entre propiedad y empresa se sitúa como centro el trabajo. No se trata, nos dice, de dogmatizar civilísticamente la materia laboral con postulados individualistas. Por el contrario, «como ya advertí hace casi medio siglo», sino de reconstituir un ordenamiento civil sobre la nueva realidad de las relaciones laborales, que abarque todo tipo de trabajo. Ese nuevo ordenamiento civil no debe centrarse ya en torno a la propiedad o a la herencia, ni al crédito o los contratos; ni siquiera, como se ha pretendido a veces, en torno a la persona y la familia, sino precisamente en la relación laboral. Por ello mismo, también el concepto de empresa, concebida no ya al modo capitalista, instrumento de lucro incesante, sino como forma de convivencia laboral. Debería convertirse en una pieza fundamental de este nuevo ordenamiento civil sin el concepto relativamente estrecho que resulta hoy de la legislación correspondiente.

Con la sublimación del servicio exigible, viene a producirse un cambio fundamental en el concepto de derecho, servicio como máximo deber moral del hombre, y que adquiere rango de deber jurídico desde que la sociedad, en relaciones concretas, lo reconoce como coactivamente exigible. No deja de ser interesante este planteamiento, por más que la sociedad y la técnica sigan por derroteros distintos en la comprensión de la ética y la política. Se anticipa a la tendencia actual de recuperar para el contrato de trabajo notas características del contrato civil, dentro de sus limitaciones pero con base en la libertad contractual adecuada a las relaciones laborales.

#### 4. *El equívoco de los derechos humanos: supuestos derechos*

La distinción entre persona y sujeto lleva a centrar el Derecho en torno a la personalidad y autoridad. El esfuerzo actual de convertir en derechos lo que no son más que deberes llega a convertir verdaderos deberes en mitos. La ideología antagonista tiende a la conversión de planos. En el ejemplo del aborto voluntario no hay derecho a la vida, sino un deber de no matar. Un catálogo

de supuestos derechos en continuo crecimiento es la negación. Incluir el derecho de información, a la intimidad, pero no a la vida, derecho que tendría que ejercitar el muerto o el feto, es además ilógico. Enlaza con una advertencia de experimentada certeza, de no confundir la integridad de la persona con un espacio reducido al Derecho público estatal. Cuando aumenta la presión legiferante del Estado y aumenta el número de leyes públicas destinadas a los jueces, más se reduce el ámbito de la autonomía para la ley privada, y el derecho propende a hacerse él mismo ley como actos de soberanía política.

##### 5. *El dinamismo de las fuentes del Derecho*

La interacción entre la ley, doctrina y jurisprudencia es materia debatida en los diversos sistemas jurídicos, en distintas épocas y lugares. La idea base del desplazamiento de las fuentes en la política de derecho la resume d'Ors en estas palabras: «Los directores de la vida jurídica de cualquier pueblo no deben olvidar nunca que las normas son formuladas por los prudentes; que la doctrina es la fuente de donde mana sin interrupción el verdadero *ius*; y que el Estado, a través de sus organismos oficiales, no hace más que administrar ese caudal». El Estado no crea el derecho, lo administra.

En su decisiva colaboración a la redacción del Fuero Nuevo, d'Ors puso de relieve que el primado de las fuentes no corresponde a la ley estatal a la que se llega no necesariamente por un acto de imperio. El Fuero Nuevo, nos dice, sin abrazar el primado de la ley, distribuye la materia en Leyes. La presunción favorable de leyes dispositivas<sup>23</sup> es un sopapo tanto a la autonomía de la voluntad como a la *voluntas legis*, al modo de ver el legalismo. La tradición jurídica navarra no se opone a la «innovación»: «llegó el momento» en que el Derecho no es *positivo* sino *vigente*. Muestra a que aludimos más adelante es la Ley 493 con su comentario, prevista en el párrafo 313,1 del BGB, adecuar el contrato a las circunstancias sobrevenidas que rompen el equilibrio de las prestaciones, acción revisoria. Circunstancias como la alteración de la «base negocial» de que deriva una grave desproporción entre las prestaciones, así como la fundamentación de la doctrina clásica de abuso de derecho (ley 12 FN), el enriquecimiento sin causa como lesión de un bien jurídico (ley 508

---

<sup>23</sup> Ley 8, *libertad civil*. En razón de la libertad civil, esencial en el derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas. Como límite a la libertad contractual el art. 1255 del Código civil señala la ley imperativa

FN) que incluye las prestaciones *en cumplimiento de un deber jurídico*. El que adquiere algo sin causa se obliga a la restitución, & 812 del BGB, sobre la cláusula general de enriquecimiento injustificado y ciertos supuestos. La clásica «acción de provecho» romana.

## 6. La autonomía privada y la buena fe

La palabra autonomía sirvió para traducir la griega *nomos*, que equivale a principio normativo escrito o consuetudinario. La palabra latina *lex* quería decir una declaración imperativa de quien tiene la competente potestad; por ejemplo, un propietario que dispone de lo que le pertenece, o los que establecen un convenio vinculante (*lex privata*), o un magistrado que dicta una declaración al pueblo (*lex publica*).

La buena fe puede considerarse desde planos diferentes. El más común se refiere a la conducta leal de las personas que se vinculan jurídicamente. Como *vinculum iuris* en el contrato la buena fe es principio informador de la relación contractual. La buena fe preside la vida del contrato desde la fase de formación a la conclusión y ejecución. La expresión actual de buena fe objetiva enlaza con planteamientos economicistas a que se aludirá seguidamente. Advierte d'Ors que convenio y contrato, junto con la propiedad, son los pilares del Derecho patrimonial. El contrato se entiende comúnmente como el acuerdo y el consentimiento de dos o más personas relativos a un mismo objeto, con el fin de crear una obligación y de vincular una persona a otra. Los romanos fueron ampliando tipo a tipo el cuadro de contratos por sistematización, momento de su aparición y de la protección procesal; los bizantinos no se atreven a reconocer como contratos todos los pactos entre dos o más personas. El contrato tenía por finalidad crear a favor de un acreedor una acción mientras que el pacto la pacificación: impedir la acción mediante una excepción. Los *pacta adiecta* modifican y conceden acción especial. Explica que vestir el pacto fue astucia de los aldeanos para ponerlo a salvo: *ut promissio sit vestita*. Los canonistas para evitar esto determinaron la regla *ex nudo pacto oritur actio*. Baldo, entre los *mercatores*, confirmó que todo negocio debe decidirse según la buena equidad, sin atender a las solemnidades del Derecho. La idea de contrato parece perderse a consecuencia de los nuevos procedimientos mecánicos de contratación, y para algunos resulta no adecuada a la realidad social que vivimos. D Álvaro, en un artículo magistral que lleva por título «ante la crisis del contrato» manifiesta su opinión, que ha ganado terreno a la crítica dirigida principalmente contra el presupuesto de que el contrato se perfecciona por la voluntad libre de las dos

partes que en él intervienen. Por mi parte –nos dice–, someto la idea de que el concepto de contrato no es superflua, que me sigue pareciendo necesaria para nuestra doctrina y aun para el uso cotidiano<sup>24</sup>. El tiempo ha confirmado esta idea contra augurios de la «muerte del contrato» y presagios de su «resurrección».

### 7. *La lealtad y la legitimidad*

El primer deber de toda persona que se obliga es observar los pactos que ha consentido y ser fiel a la promesa. La lealtad específica de los contratos es «la buena fe», los juicios contractuales de buena fe. La observancia de la ley privada, convenida entre los particulares en virtud de la autonomía privada, se llama lealtad. La impuesta por la potestad del Estado se llama legitimidad. Los cuatro contratos consensuales y bilaterales sancionados por acciones de buena fe. La *estipulatio* acaba por caer en el formalismo escrito del documento que viene a ser su sucesor, forma contractual susceptible de cualquier contenido.

### 8. *Los puntos de vista privatista y publicista: la teoría jurídica*

Las famosas «posiciones» de Ulpiano se aplican para distinguir toda la materia jurídica (conducta humana interindividual). El *ius privatum* es derecho creado por los particulares, el *ius publicum* por los «dicta» de organización. No son términos contradictorios ni reliquias históricas. Como todo orden han de tener unos límites y los tribunales se apoyan en la distinción para un sistema de revisión y aprobación.

De manera teórica distingue Álvaro entre «relaciones» jurídicas como lo propio del derecho privado y «situaciones». Relación y situación son significativos del modo de estar ante la realidad social, posición. En las relaciones entre personas predomina el bien privado, aprovechamiento de la utilidad de las cosas por los particulares; en las situaciones predomina la utilidad pública, el bien común y el interés público. La palabra situación indica imposición o subordinación, materia de derecho público y, en general, la excepción por ley de una regla general. La ley es declaración imperativa de la potestad. La autonomía de la voluntad es expresión de libertad privada.

---

<sup>24</sup> D'ORS, Á., «Ante la Crisis del Contrato», en *La Ley*, Buenos Aires, XLIV, 1979.

En derecho anglosajón se entiende por promesa no un precontrato sino una oferta o declaración de voluntad que alcanza su objetivo de convertirse en obligación. El contrato es *lex privata* con la que las partes solucionan un conflicto de intereses surgido entre ellas. No obsta a la eficacia frente a tercero y la estipulación a favor de tercero. Por caminos diferentes se llega a soluciones similares.

La distinción entre utilidad pública y utilidad privada no es apodíctica por lo que tampoco la contraposición derecho público y privado. Con ser la jurisprudencia *auctoritas* puede convertirse en *potestas*, no como la ley pública, que es declaración de potestad, sino por imperio en la aplicación por los jueces. En este sentido la jurisprudencia se presta más que la ley a la armonización de soluciones.

En nuestra época, por ejemplo, se va creando por la jurisprudencia la propuesta de derecho común europeo de la venta y un común sentir en materia de obligaciones con pluralidad de sujetos difícil de configurar en el plano dogmático con discusiones críticas en el ámbito de la doctrina civilista. Tal es el caso de la llamada solidaridad resarcitoria cuando varios responsables están obligados a resarcir un daño. Cuestión que recibe trato desemejante en el plano dogmático según sea la naturaleza o circunstancias de la obligación. Con base en la idea de culpa, en la duda se presumen todos en igual posición. Pero en el caso de que el daño sea único y la causa formal distinta, la responsabilidad resulta discutible. Al respecto una serie de reglas son de general aplicación no por ley sino por la jurisprudencia. La doctrina jurisprudencial considera que aun siendo la misma prestación, en ciertos casos uno puede cumplir y los demás se liberan, lo que agrava la posición del que paga. En el plano psicológico es difícil entender que el resultado final sea el mismo en el caso del ilícito origen de responsabilidad extracontractual, que siendo varios responsables cada uno pueda pagar por entero la deuda liberando a los demás concurrentes. El área de la solidaridad resarcitoria en la experiencia europea es sensible a la unidad formal del título *ex contracto*. En supuestos de identidad *eadem causa obligandi el acreeedor es el mismo*<sup>25</sup>. Mientras que en el ámbito del derecho atacado, como el honor del

---

<sup>25</sup> D'ADDA, A., «La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo, en el artículo 2055 del Codice», en *Rivista di Diritto Civile*, marzo-abril 2016, sobre el art. 2055 del *Codice*, responsabilidad solidaria; en la valoración con apreciación de las circunstancias del caso en el lucro cesante (art. 2056). GRUNDMANN, S., «L'unità del Diritto privato; de un concetto formale a un concetto sostanziale di Diritto privato», *Rivista di Diritto Civile*, 2000.

dañado, las conductas se parifican ante la indivisibilidad del perjuicio. En nuestra doctrina jurisprudencial con base en el art. 1137.2 CC, que prescribe la solidaridad con carácter restrictivo, cuando la obligación «expresamente» lo determine, no es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato, que se haga expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los interesados. Es decir, opta por el resultado económico favorable siguiendo las nuevas pautas de la *bona fides*. En base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del precepto sólo si consta «expresamente» (STS 6 de marzo 1999 [RJ.2246]).

## II. RECUPERAR LA IDEA DE DERECHO: DERECHO COMPARADO

El segundo aspecto crucial en las fuentes de derecho son los principios generales, aquellos que sirven de guía a la evolución del Derecho en el tiempo y en espacio. La propuesta de un derecho común europeo codificado con regulación uniforme a nivel del mercado no ha tenido precedentes en la historia.

### 9. *De Código a Código: el hilo conductor*

El Proyecto de un Código de Derecho privado europeo pretende compendiar las bases del derecho contractual que combine los principios fundamentales de la UE con el libre ejercicio de la iniciativa económica. Los códigos vigentes en los Estados incorporados corresponden a un ideario diferente de siglos pasados sobre el Estado como unidad política en un espacio cerrado. De ahí el relieve de la pregunta ¿es necesaria la codificación? ¿en qué condiciones? Un código civil único para tantos millones de ciudadanos es una «empresa titánica»<sup>26</sup>. La unidad en la diversidad con respeto a la tradición jurídica parece deseable a la uniformidad. Todavía hoy en el vasto campo del derecho de obligaciones las diferencias entre sistemas jurídicos son grandes y se presta a la armonización. Ahora bien, en la política legislativa ¿cuál ha de ser ideal? El profesor d'Ors, con voz experimentada de insigne romanista, nos habla del derecho privado común europeo pero con base común no impuesta. Esta

---

<sup>26</sup> SIRENA, P., «Il discorso di Portalis e il futuro del Diritto privato europeo», *Rivista di Diritto Civile*, 2016, p. 653.

unificación debe buscarse hoy en la formación de una jurisprudencia común y no por la aspiración a una legislación uniformada<sup>27</sup>.

Un argumento lógico es que, considerada la ley como acto de soberanía (potestad), se complicaría la unificación por vía legislativa con resistencias para su aplicación nacional, sentida como fuente de directa procedencia política, exterior, aun comunitaria. Sugiere el profesor d'Ors repetir no el derecho común romano histórico, sino adquirir el genio creativo romano dirigido hacia un derecho privado común. Dirigir el esfuerzo hacia la meta de un «nuevo derecho privado común», con vitalidad y modernidad no se reduce a codificar lo existente sino mejorarlo sucesivamente. Unidad y variedad no son incompatibles. Ni unidad por unidad, ni variedad por localismo regional. Lo común tampoco es, necesariamente, uniforme. La unidad formal del sistema de derecho fue origen del positivismo de Kelsen, de la base normativa escalonada hacia la punta de la pirámide; perturbadora fue también la experiencia anterior de la etapa codificadora, que unos mismos códigos «regirán» en la península, supone el monopolio de la ley estatal entre las fuentes de Derecho. Desde el punto de vista judicial, lo que se puede probar consta ya en la variedad sustantiva y procesal de las propias instituciones.

#### 10. *La historia de la buena fe: de la ex fide bona a la buena fe objetiva*

Una ulterior consideración sobre la evolución de la buena fe es significativa. La buena fe es una categoría jurídica de múltiples aplicaciones y, entre los distintos sentidos en que esta noción se ha considerado, destaca una reminiscencia del Derecho romano. Como la obligación natural no se confunde con otros deberes morales pero da fuerza al ejercicio y ejecución de los derechos, los derechos deberán ejercitarse de buena fe (art. 7 CC). Las exigencias o deber jurídico «imponen» una regla de conducta en el ejercicio de los derechos y en las relaciones de convivencia. Se presenta como noción omnicomprensiva, sin especificar los derechos pero con alto significado de miras. Es de justicia reconocer que en nuestra época las exigencias de la unidad de mercado y la concurrencia o libertad de empresa imponen una razonable tendencia a la unificación de sentido de proceder de buena fe, ya sea dentro del amplio territorio nacional, en que se integran las regiones o cantones, ya sea a niveles supranacionales y aun universales. Y se apela a la buena fe con el calificativo

---

<sup>27</sup> D'ORS, Á., *Hacia un nuevo derecho común*, Padova, 1973.

de objetiva. No dicen lo mismo la una (buena fe subjetiva) y la otra (buena fe objetiva). Tal calificativo de objetiva trasmite con una cierta vaguedad una realidad que podemos calificar de social y económica. Todo Derecho, para ser realmente vivo y viviente no puede reducirse a un petrificado cuerpo de leyes, sino que debe nutrirse constantemente de su propio y genuino espíritu para seguir progresando, y adoptar nuevas formas ante las realidades y problemas de cada día. La buena fe a secas es parte importante del genuino espíritu, transmitir el espíritu contra el mal opuesto del fraude o abuso de derecho.

a) Quisiera recordar otra imagen de d'Ors sobre fina intuición para anticiparse a soluciones futuras que siempre encontraban sabios fundamentos en la posición justa. El caso de adaptación o revisión del contrato a circunstancias sobrevenidas que rompen gravemente el equilibrio de prestaciones es un problema de palpante actualidad, enardecido con la crisis económica o monetaria, con rentas subidas o bajadas desproporcionadamente de intereses. La cláusula *rebus sic stantibus* motiva la atención de la doctrina en los países incorporados a la Unión europea y sobre la que el profesor d'Ors hizo, tiempo atrás, un sugerente comentario en el Fuero Nuevo<sup>28</sup>. Concluye que si la obligación es unilateral no vale acudir a la causa para una revisión de la obligación, pues la causa no debe confundirse con una contraprestación; la obligación unilateral debe considerarse abstracta. Tampoco cabe una revisión de la obligación unilateral sobrevenida insuficiente cuando tiene por causa una donación remuneratoria o se hizo en cumplimiento de una donación modal. A pesar de la existencia de una insuficiencia no hay onerosidad excesiva sobrevenida pues el valor de lo recibido por el promitente no constituye una obligación de cumplimiento futuro, sino la causa ya consumada de la promesa (ley 493 FN). Llama la atención, añade, que en Derecho inglés en los contratos de pura beneficencia existe causa, la liberalidad del bienhechor, pero en cambio no existe *consideration*, porque es elemento objetivo que ha de provenir del acreedor. Es regla histórica que no supieron ver ni los codificadores y ni la jurisprudencia en los diversos sistemas codificados y que tiende a armonizar dentro del principio de estabilidad de la relación jurídica y ante la seguridad jurídica.

b) El punto de referencia en materia de obligaciones y contratos, en que el profesor d'Ors tanto ha profundizado, es el de las acciones de cumplimiento y, en su caso, los remedios ante el incumplimiento. De manera que la postura de D. Alvaro es original en el pensamiento y adecuada a su planteamiento, con

---

<sup>28</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXVIII, Ley 493.

estilo dirigido a la generación actual de alumnos. Ayuda mucho la coherencia de pensamiento.

En el actual panorama de proyectos de Código, de propuestas de modernización, de reformas legislativas y jurisprudenciales, un tema con amplia repercusión es el creciente número de convenciones con normas de interpretación para su aplicación, lo cual tiene importancia no solo doctrinal sino, sobre todo, práctica. Sugerencia original de D. Álvaro, experimentada en el tiempo, y ya repetida, es que cuando aumenta la presión legiferante del Estado y cuanto más aumenta el número de leyes públicas destinadas a los jueces, más se reduce el ámbito de la autonomía para ley privada y el derecho propende a hacerse él mismo derecho público<sup>29</sup>. Una vez más remite con chispa al Derecho romano que lo confirma. En la época imperial romana con el aumento de extensión del territorio y el crecimiento del Imperio, se sentía la necesidad de legislar. Las leyes se multiplican y las compilaciones se ven privadas de costumbres, ya el Código de Teodosio en 438 es un verdadero «código de leyes». El poder imperial les da fuerza y vela por la aplicación de las leyes<sup>30</sup>. Adquirir la «fuerza de ley» se aplica a las costumbres y va siendo reemplazado por la jurisprudencia, hasta que a finales del s. XIX cae con el legalismo. Con la Revolución industrial Francia deroga las costumbres y quita la iniciativa del juez reducido a la «voz de la ley». Entre la casación y el precedente, la distinción francesa y la inglesa se distancian entre sí por el legalismo y empirismo. La antigüedad inveterada de la costumbre y la innovación del precedente configuran el derecho de obligaciones como jurisprudencial. Una peculiaridad en Derecho inglés es que el incumplimiento del contrato solo da lugar a la indemnización de daños y perjuicios y no obstante, por razones de *equity*, los tribunales pueden decretar el cumplimiento en forma específica, supuesto cada vez más frecuente. Esto se debe a la peculiar organización de los Tribunales. En la fase de evolución histórica, los tribunales del *common law* decretaban daños y perjuicios y en los de *equity* del Canciller se permitió la ejecución en forma específica.

Pese a tanta influencia francesa, el Proyecto de 1851 español sigue la regla general de que todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado

---

<sup>29</sup> D'ORS, Á., *Una Introducción al estudio del Derecho*, Presentación por Jorge Adame Coddard, México, 1989, p. 45.

<sup>30</sup> JESTAZ, Ph., «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2) avr.juin, 1996, p. 312.

(art. 974 del Proyecto). Es claro que el artículo habla de los pactos válidos, sin la distinción romana entre pacto nudo, convenio o contrato. El artículo 1091 CC es copia literal del art. 1108 del libro IV, del Anteproyecto del Código civil<sup>31</sup>.

En el plano del Derecho comparado la vigencia del Código Napoleón en Alemania, en frase del profesor López Jacoiste, fue algo así como el preludeo del actual sistema de Derecho europeo. Preludeo lejano, pero no es del caso olvidar. No es lo mismo que trasponer las Directivas comunitarias al Derecho de cada Estado puesto que necesitan obtener la flexibilidad necesaria para ser normas abiertas<sup>32</sup>. Comenta López Jacoiste el caso sobre la reclamación del importe de un suministro de abono agrícola hecho al cultivador, arrendatario de unas tierras. Extinguido el contrato de arrendamiento, el propietario recibió el importe de las cosechas sin asumir aquel gasto y, ante la insolvencia del arrendatario fue denunciado el suministrador, Boudier, y obligado al pago (Arrêt Boudier de 1892). Precedente de la ya referida Ley del Fuero Nuevo que comentó d'Ors sobre la revisión del contrato. El hilo conductor son los principios europeos, exponente los *Principles Unidroit*, así como *The Principles of European Contract*.

Como ya se dijo en el Código civil figura la buena fe como exigencia del ejercicio de derechos, sin matizar el carácter personal o patrimonial. Este deber en el ejercicio de derechos impregna el espíritu de nuestro sistema, con un criterio de ascendencia ética. La ley 17 del Fuero Nuevo, con el ladillo «Libertad y limitaciones», reúne las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las buenas costumbres, y el uso inocuo de otras personas. Incluye las impuestas por prohibición expresa de la ley. Figura también la buena fe en el Anteproyecto de Código civil como límite de la autonomía de la voluntad. El artículo 521.2 del Anteproyecto, que expresa la libertad de contratar y de elegir a su contraparte, señala como límite las leyes, la moral, la buena fe y el orden público. La mención a la buena fe parece recibir el significado en la expresión moderna buena fe objetiva, que trasciende al ámbito del ordenamiento donde la exigencia moral es más reducida. Contrato, promesa y

<sup>31</sup> LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española, 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código*, vol. I, Ministerio de Justicia. También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto de Código civil español*, Centenario de la ley del notariado, Madrid, 1965.

<sup>32</sup> LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La vigencia del Código civil Francés en Alemania: El método de Zachariae», en *Anales de la Real Academia de Legislación y jurisprudencia*, n° 30. Zachariae había estudiado en su Tratado la *actio in rem verso* al lado de la *reivindicatio*.

condición se encuentran en el marco de la buena fe objetiva ¿qué diferencia tiene ese concepto de contrato normativista con el que defiende d'Ors? En el antiguo Derecho romano, la *bona fides* de los contratos presuponía un cierto equilibrio de las prestaciones y a la vez admitía la compensación de las obligaciones recíprocas.

Sobre la referencia a la vinculación D. Álvaro centra el contrato en la reciprocidad, que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. En la compraventa, el vendedor es deudor de la cosa y acreedor del precio, mientras que el comprador es deudor del precio y acreedor de la cosa. En esta reciprocidad de obligaciones se basa la bilateralidad, que entre dos promesas recíprocas la una es causa de la otra. Ante este panorama se simplifican otras figuras, como las promesas o estipulaciones y las condiciones. La promesa, por ejemplo, es unilateral. Obligaciones unilaterales son aquellas en las que una parte es solo deudora y la otra acreedora. La condición se reduce a una promesa que se supedita a un hecho futuro que puede no suceder. Puede referirse a una determinada conducta de la persona interesada en recibir lo prometido. La promesa sigue siendo unilateral pues el acreedor de lo prometido no se obliga a nada; de este negocio solo sale obligado el promitente («estipulante»). Las condiciones son siempre «puestas» por las personas y no por la ley; cuando esta exige algo para que se produzca un efecto jurídico determinado no puede hablarse de condición sino de requisito legal<sup>33</sup>. Las cláusulas abusivas se entienden por no puestas, lo que es ficción porque en realidad están puestas.

11. *El Derecho flexible y la equidad: de la ley al juez.*  
*Conclusiones en materia de codificación*

En la vida jurídica, como ya se ha dicho, es una mínima parte lo que llega a los jueces, pero allí donde no pueden intervenir jueces no hay derecho propiamente dicho. En consecuencia donde no pueden intervenir los jueces (los tribunales) está el no derecho. En pura doctrina judicialista lo genuino de la moral no es la norma, ni la regla, sino el juicio de conciencia como punto de partida; la fuente de *deberes personales* los Mandamientos, el Decálogo el juicio de Dios. El Derecho suministra criterios idóneos para resolver los casos, es

---

<sup>33</sup> D'ORS, Á., *Una Introducción al estudio del Derecho*, Presentación por Jorge Adame Coddard. México, 1989, p.70.

decir litigios entre litigantes. El juez debe decir lo que es derecho, *iudex ius dixit*. Como sistema de deberes pudiera entrar el canónico, orden de servicios judicialmente exigibles sin necesidad de construir derechos subjetivos. La idea de causa entre las obligaciones naturales y civiles, el pago en las naturales es válido. El abandono del sistema romanista por la sustitución de «cualquier modo». La concepción moderada de la causa introduce como algo lógico la valoración jurídica de la obligación moral<sup>34</sup>.

El Derecho flexible presenta dos aspectos, uno de ellos el significado evolutivo del progresivo avance ante un obstáculo precedente, otro enlaza con la buena fe en las aplicaciones. Las obligaciones deberán interpretarse conforme a la voluntad declarada que las creó, al uso y a la buena fe (Ley 490 FN). Criterio para la interpretación de las obligaciones que corresponden a principios generales de Derecho Navarro.

Tal es el caso de la fusión de las causas del crédito (no contrato) con los contratos de buena fe que produce la relajación, la cual debe ser considerada como una conquista de la ética cristiana, señala d'Ors, limitación cristiana del crédito<sup>35</sup>. El punto de referencia es la «primacía del ser humano», que no se reduce a una de las necesidades: el consumo, por ejemplo. Persona, no sujeto, como Kant popularizó.

La cercanía con la moral son los deberes morales y sociales que integran las obligaciones naturales; como el deber de restituir la *datio* injustificada. A la conducta jurídica, como a toda conducta moral, es esencial el posible «juicio de reproche», la reacción frente a la deplorable situación. Comienza a ser jurídica cuando hay un órgano que declara si es justo, el juez. Someterlo a la decisión del juez se llama acción, como actividad. Hay derecho cuando es meramente posible que en principio aquel caso sea objeto de una sentencia judicial. Las obligaciones morales, cumplimiento de una obligación moral, los tribunales han aprovechado su «prestigioso nombre» (De Castro), para causa de un vínculo contractual. La novación, compensación de una obligación natural, pone en peligro el sistema romano de causas de obligar. Obligaciones civiles el derecho de exigir judicialmente su cumplimiento, naturales, carentes acción.

---

<sup>34</sup> Laurent señala que solo por excepción habrá de atenerse a los deberes morales, y solo cuando lo establezca expresamente el texto legal. De Castro habla del «silencio del Código» sobre la obligación moral. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 220, nt. 15.

<sup>35</sup> D'ORS, Á., *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961.

## 12. *La categoría de los derechos reales, cosas y servicios*

Los grandes temas del patrimonio decíamos son el convenio o contrato y la propiedad. Analizados aspectos concretos del régimen de obligaciones y propiedad por d'Ors procede ver la distinción entre derechos reales y personales o de crédito. D. Álvaro sigue en la definición de los llamados *iura in re aliena* una postura distinta a la clásica de un «poder directo e inmediato sobre cosa ajena». El Derecho es entre personas, no cosas. Cosa quiere decir en Roma lo que hoy llamamos propiedad. De manera que la autonomía privada, que es fundamento de las declaraciones jurídicas, cumple un papel importante también en el diseño de la categoría de derecho real en calidad de título. Dar a cada uno lo suyo, que es postulado de justicia conduce a distinguir entre la función del juez de saber lo que es justo, función de prudencia «en torno a la que gira todo el derecho» y lo que el juez impone como potestad de que se halla investido para dirigir el proceso y, sobre todo, imponer la sentencia u opinión de su autoridad<sup>36</sup>. A mi modo de ver, cada tipo de relación real justifica la retención por el titular de una cualidad perteneciente a cosa ajena, uso, disfrute, servicio, garantía; y el contenido se realiza mediante deberes de conducta, colaboración, como conservar y defender. Ejemplo el derecho a pasar por una finca del vecino será servidumbre de paso si lo establecen los propietarios mediante una declaración jurídica o ley privada, de resultas de la misma será la *relación* predial creada por la autonomía privada. Si dependiera de una ley estatal que permita el paso para aprovechamiento de fincas, será servidumbre legal. En tal supuesto deriva una *situación* determinada por voluntad pública. La distinción entre público y privado es relativa pero para el estudio facilita la comprensión de las diferencias. Del incumplimiento de estos deberes se siguen las consecuencias señaladas por la jurisprudencia, como el abuso de derecho; y defendida por acciones reales *erga omnes*.

### III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la «Retrospectiva de los XXV Años» hizo notar, en la columna de su investigación histórica (Filología clásica), el cuarto siglo de cátedra, que la historia no son los «hechos» sino los «dichos», y allí, al echar cuentas de

---

<sup>36</sup> D'ORS, Á., *La función de la propiedad en la Historia del Ordenamiento Civil*, Coruña, 1988.

su primera etapa de investigación, dejó constancia de que abrigaba la «esperanza en un pluralismo a escala mundial» (1969). De una base común para la noble meta de una unidad jurídica dio razón en un estudio de derecho comparado «Hacia un Derecho común» (1973), y fue elegido como tema en su última lección como Doctor honoris causa en la Universidad de la Sapienza (Roma), el papel importante de la experiencia jurídica romana en la configuración jurídica europea, discurso que por su edad avanzada leyó su hijo Javier, también catedrático de Derecho romano. De manera que en los inicios o presupuestos estaban ya implícitos los anticipos de la superación del nacionalismo legislativo y la continuidad del esfuerzo como propósito de futuro.

Los *tria iuris precepta: alterum non laedere, suum quique tribuere, honestum vivere* forman con la *bona fides* el genuino núcleo de lo jurídico, a que responden en Derecho romano los juicios de *fide bona* que preceden a los actuales parámetros al uso europeo. Entendido como *reasonable standards of fair dealing*. El marco es universal y allí hay que buscar la unidad del Derecho, proseguir el trabajo hacia un nuevo Derecho privado europeo. La voz de Álvaro como romanista se pudo escuchar en 1973 sobre la cuestión acorde con su planteamiento sobre las fuentes de Derecho, que sustancialmente el tiempo ha continuado. Con esta vía podemos matizar las ventajas de la unificación, el método a seguir, elegir el cauce de ley o jurisprudencia autónoma, hasta lograr una doctrina común. El problema es cómo formar una doctrina común<sup>37</sup>. Ello atiende a problemas de tipo exegético-interpretativo, obra de prudentes.

### 13. Organización

En primer término como poder o potestad precisa organización. En el pensamiento dorsiano los problemas de organización de grupos no son propiamente jurídicos, pero las relaciones de servicios y el principio de subsidiaridad sí que son atendibles en todo caso. En el ordenamiento europeo es decisiva la manera de proceder en el ámbito legislativo y judicial, que ha de ser distinta de las grandes codificaciones nacionales donde la ley se concebía como mediación racional entre principios y casos singulares. El Tribunal europeo de justicia no ha sustituido a los jueces nacionales y ha reiterado el

---

<sup>37</sup> D'ORS, Á., *Hacia un nuevo derecho común*, Padova, 1973.

primado del Derecho europeo. Las resoluciones son vinculantes. El Tratado CEE ha instituido un propio ordenamiento jurídico integrado en el de los Estados miembros, acto de soberanía que los jueces nacionales se obligan a observar, lo que implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos frente a un acto unilateral ulterior. Realmente como organización pluriestatal suscita perplejidades que el orden jurídico habrá de dar respuesta. Entre ellas la experiencia apunta imprevisiones y eventos con la frecuente presencia del azar; abundan supuestos, en terminología dorsiana, de «imperplejidad jurídica»<sup>38</sup>.

#### 14. *Autonomía de la jurisprudencia*

La prudencia jurídica de los que tienen autoridad en orden al derecho, los juristas y la doctrina es concorde en encaminar la jurisprudencia hacia la unificación. En este punto las enseñanzas de d'Ors parecen indiscutibles: «La voz de un romanista me parece que no puede ser más que ésta: la unificación del derecho privado debe buscarse por la formación de una jurisprudencia común, y no por la aspiración a una legislación uniformada»<sup>39</sup>.

La incorporación a la UE conlleva en cada Estado miembro la renuncia a la plena y propia soberanía legislativa. Los jueces nacionales se sujetan al primado del Derecho europeo y por tanto, no aplican una legislación extranjera. Tal renuncia, un postulado constitucional, indica que las cuestiones de extranjería no constituyen la materia propia del Derecho comunitario (aparte las relaciones con terceros Estados). Cuestión distinta es que amplía la vía de doctrina común mediante principios admitidos como la equidad, que amplía *ad casum* los poderes del juez, no pone normas, resuelve controversias. Criterios objetivos, como la equivalencia y proporcionalidad, el principio de no discriminación, son comunes como principal objeto de estudio que fomentará de alguna manera la conciencia de la autonomía de la jurisprudencia. Principios informadores en el proceso general de «modernización» del sistema positivo que cuentan hoy con la doctrina emanada de los tribunales.

---

<sup>38</sup> D'ORS, Á., «Imperplejidad jurídica», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 1992, pp. 63 y ss. José Javier López Jacoiste empleó esta idea en derecho de daños en lo que llamó la «antilogía del azar», la causalidad del *per accidens*, pero cuya efectividad se entretiene con la acción humana. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La Responsabilidad civil extracontractual. Una explicación jurisprudencial y de filosofía jurídica*, pp. 172 y ss.

<sup>39</sup> D'ORS, Á., *Hacia un nuevo derecho común*, Padova, 1973.

### 15. *Ordenamiento jurídico de los Estados*

Una cosa es la oportunidad de armonizar los sistemas internos por expansión de los principios y otra uniformar necesariamente las soluciones por ley. Los influjos doctrinales superan las fronteras pero por la consolidación en los sistemas de derecho privado no esencial ni acaso oportuna por ley. Baste pensar en la transmisión de la propiedad. En Derecho francés e italiano por el sistema consensual, basta el consentimiento para desplazar la propiedad; en Alemania, además del acto causal, el acuerdo dispositivo abstracto es el que transfiere el dominio. Mientras que la filosofía de los códigos acercaba soluciones. Al respecto observa D. Álvaro la influencia doctrinal en la era codificadora es destacable entre los sistemas europeos. Para presentar el ejemplo es interesante observar cómo sobre la base de un Código civil (el de 1889) visiblemente influido por el Código de Napoleón, ha imperado en muchos casos una interpretación alemana, sobre todo por el gran influjo que tuvo en España la obra de Ennecerus, traducida por Alguer y Blas Pérez. Hoy influye la de los autores italianos<sup>40</sup>. Argumento que propuso como prueba de cómo puede operar una influencia de la autoridad doctrinal con bastante independencia de la potestad legislativa. El respeto a los principios comunes en los Estados miembros es compatible en el Derecho europeo que enriquece el hecho de diversas jurisdicciones, sistemas jurídicos, implante de nuevas figuras en el interior de la misma comunidad. Esta concepción pluralista sirve de peso y medida al principio de subsidiaridad que constituye su núcleo central exponente de la división o diversidad.

### 16. *Relaciones entre Estados, la soberanía*

El notorio descenso de confianza actual en el Derecho, que d'Ors calificó de vulgarismo jurídico, continúa por las múltiples incidencias de la vida económica en los principales sistemas. Es frecuente atender el *ius superveniens* ante un cambio de normativa, *cesante ratiōne cessat et ipsa lex*, volver a escuchar expresiones lejanas en el tiempo (STS 3 de diciembre 1981, [RJ 5042]) sobre lesión *ultra dimidium* y aplicación analógica de remedios, rescisión por lesión. Como aspiración a la confianza ciudadana en el Derecho se promulga la mediación y la aprobación y vigencia de la Ley de la Jurisdicción voluntaria que

---

<sup>40</sup> *Codice Galdolfi*: MAZZAMUTO, S., *Prospettive di diritto europeo*, Torino. 2002; SACCO, R., *Il sistema del Diritto privato Europeo: Le premesse per un Codice Europeo*, sobre la unificación y circulación uniforme de modelos.

ha de tener en cuenta como «necesaria consecuencia» la derogación, casi definitiva de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, que se ha mantenido todos estos años en vigor en lo relativo a la jurisdicción voluntaria y a los actos de conciliación. La *Drittwirkung* alemana pone de relieve que las normas constitucionales vinculan en las relaciones jurídicas de naturaleza privada a través de las cláusulas generales y normas de Derecho privado, interpretado a la luz de las fuentes fundamentales (reducir la pena excesiva, la buena fe, la aplicación directa de normas constitucionales por el juez). Lo que se unifica y lo que conduce a la uniformación.

### 17. *El acervo comunitario*

La revisión del acervo y perspectivas de futuro en el Derecho contractual europeo entran en el Plan de Acción de la Comisión. La tradición civilística y la complejidad del sistema están particularmente vivas en el derecho europeo de contratos y en la propiedad. La relevancia del proceso de armonización europea es comunicativa: de unos textos salen otros que obligan a repensar la disciplina. En ese contexto la misión del Derecho romano resulta más clara y necesaria que nunca: como preparación mental imprescindible para recuperar la confianza en la idea de derecho y dirigir los esfuerzos del derecho comparado hacia la meta de un nuevo derecho privado común.

### 18. *Valoración de conjunto*

Como puede advertirse, la pregunta *de auctoritas* hecha por D. Álvaro ha costado más de lo que tenía pensado decirle. Lo que puede producir un folio se ha distendido. Queda en ruta la enseñanza del maestro de proseguir el estudio con esfuerzo continuado y confianza en el Derecho. La idea feliz de un modelo «liberado» de la carga de esclavitud política propia de una cultura codicista, se presenta hoy en Europa como una conquista. Atendibles son las razones del pluralismo jurídico que permiten la coexistencia de diversas jurisdicciones y sistemas nacionales en el interior de una comunidad europea con tanta tradición jurídica plurisecular. La *auctoritas* de D. Álvaro como romanista es en este punto concluyente. En sus explicaciones solía glosar la máxima del Derecho como *ars boni et aequi* en el sentido de que *ars* significa oficio, trabajo, medio, no cierto resultado. Técnico pero sin idolatría de la técnica. Sirve la frase para emular la personalidad y autoridad del maestro en conseguir con preparación mental y esfuerzo continuado el arte de interpretar y nuevas maneras de decir en Derecho.

